

LA SECESSION : UNE QUESTION DE SIMPLE FAIT ?

Théodore CHRISTAKIS

Professeur de droit international,

Faculté de droit de l'Université de Grenoble et Sciences-Po Paris

Dans cette contribution nous souhaitons contrôler la validité de la vieille théorie, qui remonte à Jellinek mais qui est toujours dominante, selon laquelle la sécession ainsi que le processus de formation d'un nouvel État, relèvent du « simple fait » et échappent par définition à toute emprise du droit. Selon cette théorie, la sécession n'est pas une question de « droit » mais une question de pur fait, d'échec ou de réussite : si un mouvement sécessionniste réussit à instaurer une nouvelle effectivité, c'est-à-dire à mettre en place les « éléments constitutifs » de l'État, un nouvel État est alors né.

Nous allons, dans un premier temps, présenter cette théorie qui postule une concordance quasi-parfaite entre l'existence de certains « faits » et la naissance de l'État (1). Nous allons ensuite démontrer qu'un examen plus attentif de la pratique révèle une inadéquation fréquente entre l'existence de l'État et l'existence des faits (2). Enfin, dans un troisième temps, nous tenterons d'avancer certaines explications concernant cette inadéquation entre la réalité et la théorie qui permettront de conclure que si cette dernière ne doit pas être rejetée, elle doit néanmoins être fortement nuancée à la lumière de certaines évolutions du droit international (3).

1. La théorie : « L'Etat existe en droit dès qu'il existe en fait »

Le renvoi au principe de l'effectivité en matière de sécession fait penser à la réponse que les Juges Royaux avaient donnée à Cambyse, roi des Perses. Épris de l'une de ses sœurs, Cambyse voulait l'épouser et, comme son projet sortait de l'ordinaire, il convoqua les Juges Royaux pour leur demander s'il n'existait pas quelque loi qui permît le mariage entre frère et sœur. Ceux-ci, nous raconte Hérodote, firent à la question de Cambyse une réponse aussi juste que prudente. Ils ne découvraient dirent-ils, aucune loi qui permît au frère d'épouser sa sœur.

Toutefois, ils en avaient trouvé une autre qui donnait licence au roi des Perses de faire tout ce qu'il voulait¹.

La théorie de l'effectivité se fonde sur une construction toute aussi prudente. Ne pouvant trouver aucune règle permettant la sécession, elle trouve néanmoins un principe omnipotent, celui de l'effectivité, qui laisse l'espace libre au jeu des forces. Le droit international se désengage en la matière et se borne à entériner le fait accompli. La sécession est une question de fait, non de droit. « La naissance et la fin de l'État sont des faits métajuridiques » écrivait Kelsen en 1932² en accord avec la position de Jellinek selon laquelle ces phénomènes « ne s'expliquent point par des règles juridiques »³. Ni le passage du temps, ni l'évolution spectaculaire du droit international, ni la création de plus de 150 nouveaux États dans des conditions qui soulèvent pourtant, souvent, bien des interrogations, ne semblent avoir remis en cause cette théorie pour la majorité de la doctrine. « L'existence ou la disparition de l'État est une question de fait » dira, par exemple, en 1991, la Commission Badinter sur l'ex-Yougoslavie⁴. « L'État existe en droit dès lors que le pays existe en fait » écrivent les manuels contemporains de droit international⁵. Et certains auteurs respectés vont jusqu'à comparer la naissance de l'État à celle d'une personne physique « en ce sens que le droit peut encourager ou décourager la natalité, mais il ne peut pas « causer » la naissance d'un être humain ; il prend acte de son existence une fois qu'il est né »⁶.

Il est vrai que les deux socles fondamentaux de cette théorie peuvent difficilement être mis en cause.

Il est tout d'abord clair qu'aucun droit de sécession n'existe en dehors des situations de décolonisation et d'occupation militaire⁷. Nous avons déjà eu l'occasion de repousser⁸

¹ Hérodote, *Troisième livre*, traduction française d'Andrée Barguet (nous utilisons l'édition de Gallimard de 1996).

² H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *RCADI*, 1932 (IV), t. 42, p. 261.

³ Formulée dans sa *Théorie générale de l'État* de 1900 (p. 269). V. aussi F. Münch, « La force normative des faits », in *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, (Madrid, Ed. Tecnos, vol. I, 1979), p. 251.

⁴ Avis n° 1 du 29 novembre 1991 (*RGDIP*, 1992, p. 264).

⁵ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 5ème éd., Paris, 2001, p. 279.

⁶ G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987 (VII), t. 207, 1996, p. 68. V. Aussi G. Abi-Saab, « Conclusion », in M. Kohen, (dir.), *Secession : A Contemporary International Law Perspective*, Cambridge University Press, 2006, pp. 470 et s.

⁷ Pour la définition du terme « situations de décolonisation », voir T. Christakis, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, (Paris, La documentation française, 1999), pp. 53 et ss.

certaines affirmations doctrinales selon lesquelles la pratique récente témoignerait de l'existence d'un droit de sécession⁹. Le droit à l'autodétermination ne comporte donc pas de volet « externe » dans le monde post-colonial.

Il est aussi assez clair que, à l'exception de deux situations graves qui nous occuperons *infra* (III(1)), les États n'ont ni voulu ni considéré réaliste d'interdire de manière générale la sécession en droit international. Alors pourtant que les États, dans leur majorité écrasante, interdisent la sécession unilatérale dans leurs droits constitutionnels¹⁰, une telle interdiction générale n'a pas vu le jour dans l'ordre international. Quels que soient les obstacles que cet ordre a érigé contre la sécession, ces obstacles sont surmontables, les États préférant laisser le dernier mot à la politique, à la « réalité », aux rapports de force : sans être entravés par des règles juridiques inflexibles, ils peuvent ainsi agir sur les effectivités en essayant de les pétrir selon leur volonté.

Absence d'un droit de sécession d'une part, absence d'une interdiction de la sécession d'autre part, la conclusion a été rapidement tirée : le droit international est absolument « neutre » en ce qui concerne cette question et le principe de l'effectivité a trouvé une terre féconde pour s'enraciner profondément. Selon ce principe, toute entité infra-étatique peut tenter de faire sécession. Si elle échoue, tant pis, mais si en revanche elle réussit à instaurer une nouvelle effectivité, c'est-à-dire à réunir les « éléments constitutifs » de l'État, alors un

⁸ *Ibid.*, pp. 141 et ss.

⁹ Un tel droit n'est en effet nullement conféré par les textes interétatiques, conventionnels ou autres, concernant les droits des peuples, des minorités ou des populations autochtones. Au contraire, ces textes comportent, le plus souvent, des clauses de sauvegarde excluant de manière explicite toute idée d'un droit de sécession en dehors du contexte colonial. Parallèlement, la pratique étatique, individuelle ou collective (au sein des organisations internationales), ne va guère dans le sens de la reconnaissance d'un tel droit. La seule hypothèse d'émergence progressive d'un droit à l'autodétermination externe pourrait être celle de la « sécession remède », qui ne concernerait que des cas particulièrement graves et irrémédiables de violation des droits de l'homme. Toutefois, comme nous l'avons souligné (*id.*, pp. 295 et ss.), l'*opinio juris* est ici ambiguë et ne pourrait, à la limite, concerner que certaines situations absolument extrêmes (telles que le génocide). La pratique est d'ailleurs quasi inexistante et l'ensemble de la théorie frappée d'un grand nombre d'ambiguïtés, surtout compte tenu de la nécessité d'une évaluation objective et centralisée des réclamations afin d'éviter les dangers d'une invocation abusive.

¹⁰ Sur un ensemble de cent-dix constitutions que nous avons examinées, provenant des pays de toutes les régions du monde, trois seulement reconnaissent un tel droit de sécession unilatérale, à savoir la Constitution de Saint Christopher et Nevis de 1983, celle de l'Ouzbékistan de 1992 et celle de l'Éthiopie de 1994. Plus de quatre-vingt contiennent en revanche des formulations qui montrent qu'une tentative de sécession unilatérale devrait être considérée comme anticonstitutionnelle, certaines d'entre elles prévoyant même que l'État doit adopter des mesures concrètes pour combattre les activités sécessionnistes. Le silence de la constitution de certains pays en ce qui concerne la possibilité d'une sécession unilatérale a, d'ailleurs, été interprété le plus souvent par les juridictions suprêmes ou les organes politiques de ces États comme excluant tout droit de sécession, comme le montre le célèbre arrêt *Texas v. White* de 1868 de la Cour Suprême américaine, l'avis de la Cour suprême du Canada rendu le 20 août 1998 ou encore la position de la Suisse devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Pour une analyse détaillée voir *id.*, pp. 237-246 et 286-294.

nouvel État est né. Le droit international se désengage donc¹¹ et se borne à entériner le fait accompli, à délivrer, pour ainsi dire, un acte de naissance, « sans mettre en question les facteurs qui ont amené sa formation »¹².

La sécession n'est donc pas présentée comme une question de « droit », mais comme une question de pur fait, de « succès » ou d'« échec ». Si l'entité sécessionniste réussit à se soustraire à l'ordre juridique de l'État prédécesseur, imposant et maintenant, à titre exclusif, sa propre autorité sur son territoire et sa population, elle accède automatiquement au statut étatique. Inversement, une entité qui n'a pas réussi à réunir les éléments constitutifs de l'État ne peut pas prétendre au statut étatique. Le principe de l'effectivité implique donc une concordance quasi-parfaite entre l'existence de certains « faits-conditions » et la naissance de l'État qui est présentée comme ayant une « existence objective » dès la réunion des conditions nécessaires à son émergence. L'État *de facto* serait automatiquement un État *de juris* quelles que soient les conditions de sa création ou le nombre de reconnaissances dont il a fait l'objet.

2. La réalité : L'inadéquation fréquente entre l'existence de l'Etat et l'existence des faits

Un examen de la pratique fait naître certains doutes quand à la validité de la théorie de l'effectivité. Dans un certain nombre de cas, des États ont été créés sans remplir les conditions du « test » de l'effectivité (A). Dans d'autres cas, des entités qui avaient pourtant réussi à instaurer un contrôle effectif sur le territoire sécessionniste n'ont pas été considérés comme des États (B).

A) *L'État sans l'effectivité*

Dans un certain nombre de cas, les États ont procédé à des reconnaissances massives du statut étatique à l'égard d'entités qui, pourtant, ne réunissaient pas les conditions exigées par le principe de l'effectivité.

Ceci s'est produit, surtout, dans le cadre du processus de décolonisation. L'opposition ferme et parfois armée de certaines puissances coloniales à l'accession à l'indépendance de

¹¹ Sous réserve néanmoins de l'obligation qu'il impose aux États et aux entités sécessionnistes en matière de respect des règles du *jus in bello* ou de celles relatives aux droits de l'homme.

¹² C. De Visscher, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 36.

certaines de leurs « territoires non autonomes » a privé d'effectivité leurs gouvernements indépendantistes, mais ceci n'a pas empêché la reconnaissance massive ni l'« indépendance prématurée » de ces États¹³. De manière similaire, l'accession à l'indépendance avec l'accord de la Métropole, mais dans des conditions qui ne permettaient pas au gouvernement central du nouveau pays d'exercer un contrôle effectif sur le territoire (comme ce fut, par exemple, le cas du Congo ex-belge entre 1960-1962 ou de l'Angola en 1975), n'a pas empêché l'attribution prématurée de la qualité étatique à l'ex-colonie.

Le même scénario s'est produit aussi en dehors des situations de décolonisation, comme en témoigne l'exemple majeur de la Bosnie-Herzégovine¹⁴. Cette ex-république fédérée yougoslave ne réunissait manifestement pas les traditionnels éléments constitutifs de l'État et ne pouvait nullement prétendre passer le « test de l'effectivité », son gouvernement central ne contrôlant pas même un cinquième du territoire du pays entre 1992 et 1995. Toutefois, les États ont, dès le mois de mars 1992, reconnu et accepté comme État indépendant la Bosnie-Herzégovine. Dans ce cas donc, la création de l'État n'était pas une simple « question de fait ». Ces reconnaissances allaient plutôt contre les effectivités sur le terrain (contrôle de la plus grande partie du territoire par les Serbes, mais aussi par les Croates bosniaques) et ont anticipé, ou plutôt *provoqué* l'effectivité étatique.

B) *L'effectivité sans l'État*

Inversement, dans un nombre encore supérieur de cas, des mouvements sécessionnistes ont réussi à établir une effectivité claire sur leur territoire, mais ils n'ont pourtant pas été traités comme des États par les membres de la communauté internationale.

On peut citer plusieurs exemples récents qui concernent l'espace eurasiatique :

- Pendant le conflit en Bosnie-Herzégovine, entre 1992 et 1995, les Serbes Bosniaques contrôlaient le territoire de la « Republika Srpska » sans être considérés comme un État¹⁵.

¹³ Pour l'exemple de l'opposition du Portugal à l'indépendance de la Guinée-Bissau, voir T. Christakis, « L'État en tant que « fait primaire » : Réflexions sur la portée du principe d'effectivité », in M. Kohen, (dir.), *Secession : A Contemporary International Law Perspective*, Cambridge University Press, 2006, p. 149.

¹⁴ On pourrait aussi citer, dans une moindre mesure, le cas de la Croatie qui a fait l'objet de reconnaissances massives début 1992 alors qu'une grande partie de son territoire était contrôlée par les Serbes de Krajina.

¹⁵ Sauf, peut-être, à titre très exceptionnel et pour des raisons de simple commodité *ad hoc*. On pense, par exemple, à la décision d'un Tribunal américain de considérer la « Republika Srpska » comme un État (car elle réunissait, selon lui, « *the criteria for a State in all respects of international Law* », afin de fonder sa compétence

- L'exemple de la Tchéchénie est encore plus frappant. La Tchétchénie a déclaré son indépendance en novembre 1991 et son gouvernement y a établi, entre 1991 et 1994 et, surtout, entre 1996 et 1999 (après une défaite de l'armée russe) une effectivité étatique solide et incontestable. Les États et les organisations internationales ont néanmoins refusé de considérer le Tchétchénie comme un État considérant qu'elle faisait partie intégrante de la Fédération russe.

D'autres exemples restent toujours d'actualité :

- La Transnistrie exerce, depuis 1992, par le biais de son gouvernement, un contrôle effectif sur son territoire à l'exclusion de tout exercice d'autorité de la part de la République de Moldavie sans pour autant être considérée comme un État¹⁶.

- Il en va de même avec l'Abkhazie qui, depuis 1994 et la fin du conflit avec la Géorgie, exerce un contrôle quasi-exclusif sur son territoire et ceci malgré les sanctions et certaines mesures récentes de la Géorgie visant à récupérer ce territoire¹⁷.

- Même situation avec l'Ossetie du Sud dont le gouvernement contrôle depuis 1992 son territoire à l'exclusion du pouvoir géorgien¹⁸. Malgré cette effectivité et un référendum récent montrant l'adhésion de la majorité écrasante de sa population à la déclaration d'indépendance, l'Ossetie continue à mener une existence solitaire.

- La situation au Nagorno-Karabakh est assez similaire du point de vue de l'effectivité. Depuis le cessez-le-feu de 1994, les Arméniens de Nagorno-Karabakh contrôlent de manière exclusive non seulement le territoire de cette région, mais aussi environ 12% du territoire de l'Azerbaïdjan en dehors de cette région, ce qui leur a permis de créer une « zone-tampon » connectant le Nagorno-Karabakh avec l'Arménie. Comme d'autres entités sécessionnistes,

pour juger une affaire contre le chef de cette République R. Karadzic. Voir *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (Second Circuit 1995). Dans son arrêt du 26 février 2007 rendu dans *l'Affaire du génocide* la Cour internationale de justice souligne que : "The Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina (and subsequently the Republika Srpska) was not and has not been recognized internationally as a State ; it has however enjoyed some *de facto* independence" (§ 233, nous soulignons).

¹⁶ Pour une présentation du conflit voir, entre autres, Ch. Borgen., « Thawing a Frozen Conflict: Legal Aspects of the Separatist Crisis in Moldova: A Report from the Association of the Bar of the City of New York », *Record of the Association of the Bar of the City of New York*, Vol. 61, 2006, pp. 196 et ss. ou M. Vahl, M. Emerson, « Moldova and the Transnistrian Conflict », *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 2004 (disponible in <<http://www.ecmi.de/jemie/>>).

¹⁷ Comme, par exemple, la création d'un gouvernement concurrent en exil ou certaines mesures militaires. V., entre autres, D. HOLLEY, « Georgia's Steps Echoing in the Caucasus », *Los Angeles Times*, 30 août 2006 ou J. KUKERA, « US helps Tbilisi set stage to retake separatist regions », *South China Morning Post*, 14 may 2007.

¹⁸ D. VAISMAN, « No recognition for breakaway South Ossetia's vote », *The Christian Science Monitor*, 10 nov. 2006. V. aussi « South Ossetia Finds Independence Drive Lonely », *The New York Times*, 13 nov. 2006.

celle du Nagorno-Karabakh a aussi récemment organisé un référendum (le 10 décembre 2006) lors duquel 98,6 % de la population aurait approuvé la promulgation d'une nouvelle Constitution présentant la « République de Nagorno-Karabakh » comme un « Etat souverain »¹⁹.

- *Last, but not least*, la situation dans la « République turque de Chypre du nord » (ci-après « RTCN ») proclamée par la communauté turque en novembre 1983. Dans ce cas aussi, l'État englobant, la République de Chypre, n'exerce absolument aucun contrôle sur le sol de la « RTCN » et ceci depuis déjà le 20 juillet 1974, date à laquelle l'armée turque a envahi la République de Chypre en occupant par la force des armes 37 % du territoire de cet État, soit toute la partie nord de l'île²⁰.

Cette liste pourrait être complétée par d'autres cas qui ne concernent pas l'espace eurasiatique :

- On pourrait, à titre d'exemple, citer le cas de l'île d'Anjouan qui avait proclamé son indépendance de la République fédérale des Comores en octobre 1997 et qui avait aussi repoussé de manière décisive une tentative militaire de récupération de la part du Gouvernement fédéral. Malgré le contrôle effectif et un référendum, là aussi, donnant 98 % de votes favorables à la sécession, Anjouan n'a pas été traitée comme un État par la communauté internationale qui s'est opposée fermement à cette sécession²¹ et qui a même réussi à obtenir le rétablissement de l'intégrité territoriale de la République fédérale des Comores.

- Pour clore cette énumération, qui n'est pas exhaustive, on peut enfin citer le cas de la République du Somaliland qui, depuis sa proclamation d'indépendance en mai 1991, exerce un contrôle effectif sur son territoire²², effectivité d'autant plus frappante qu'elle contraste avec le chaos dans lequel se trouve depuis plusieurs années le reste de la Somalie. Malgré cette effectivité et l'absence d'un gouvernement central à Mogadishu capable de s'opposer à

¹⁹ Cf. par exemple, « EU rejects referendum vote on draft constitution in Nagorno-Karabakh », *International Herald Tribune*, 11 décembre 2006.

²⁰ Dans un premier temps, en février 1975, la communauté turque a qualifié ce territoire comme étant un « État fédéré turc de Chypre » avant de procéder à une déclaration d'indépendance en 1983.

²¹ V. par exemple, « OAU condemns Anjouan secessionists as bad precedent », *Panafrican News Agency*, 7 novembre 1997 ou le communiqué de presse du Secrétaire général de l'ONU du 5 novembre 1997 (SG/SM/6380).

²² V. par exemple, A. Eggers, « When is a State a State ? The Case for Recognition of Somaliland », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2007, pp. 211-221 (qui souligne que « the territory of Somaliland easily meets the criteria set forth by the Montevideo Convention »).

cette sécession, aucun État n'a reconnu pour l'instant la « République du Somaliland » et les demandes d'admission de cette dernière au sein de certaines organisations internationales (comme l'Union Africaine) sont restées infructueuses.

Dans tous les cas que nous avons cités des entités sécessionnistes ont réussi à établir un contrôle effectif sur leur territoire à l'exclusion de tout exercice d'autorité de la part des autorités de l'État englobant et ceci souvent durant plusieurs années. Pourtant, la communauté internationale ne les a pas traitées comme des « États » et pratiquement aucune reconnaissance²³ n'est venue asseoir ces proclamations unilatérales d'indépendance. Au contraire, ces proclamations se sont heurtées à de nombreuses résolutions et déclarations émanant d'organisations internationales variées qui affirment la nécessité de trouver, pour ces conflits « gelés », une solution respectueuse de « l'intégrité territoriale » des États englobants²⁴.

3. Tentatives d'explication

Comment pourrait-on expliquer alors ce décalage entre la réalité et la théorie ? Nous pensons que plusieurs explications peuvent être avancées qui montrent que la théorie de l'effectivité, sans être abandonnée, doit être fortement nuancée et révisée.

A) *L'existence de certaines conditions de droit et la pertinence du principe ex injuria jus non oritur*

En premier lieu, il faut souligner que le droit international a beaucoup évolué depuis l'époque de Jellinek. Si à l'époque le principe de l'effectivité suffisait à expliquer le phénomène de la création de l'État, le droit international a développé des règles moins primitives et grossières que celle de l'effectivité pour aborder certains aspects du problème de la sécession.

La première série de règles est issue du droit de la décolonisation. C'est l'octroi d'un *droit à l'indépendance* aux peuples colonisés (ou sous occupation militaire) qui explique pourquoi, dans certaines circonstances que nous avons décrites *supra* (II-1), on a procédé à

²³ Parmi les rares exceptions on peut citer la reconnaissance de la RTCN par la Turquie et la reconnaissance, en 1999, de la Tchétchénie par l'Afghanistan des Talibans.

²⁴ Pour quelques exemples v. T. Christakis, *Le droit à l'autodétermination...*, *op. cit.*, pp. 208-236.

une interprétation extrêmement souple et libérale des conditions traditionnelles d'émergence d'un nouvel État considérant que celui-ci peut naître alors qu'il ne passe pas le test de l'effectivité²⁵.

Inversement, une deuxième série de règles a voulu prohiber certaines formes de sécession. Comme l'avait noté James Crawford dans son étude classique de 1979 « there is nothing *a priori* incoherent about the legal regulation of statehood on a basis other than that of effectiveness »²⁶. Aujourd'hui de plus en plus d'auteurs adhèrent à l'idée selon laquelle les entités sécessionnistes constituées à la suite d'une violation des règles fondamentales du droit international (plus précisément, de celle concernant l'interdiction du recours à la force et de celle concernant le droit à l'autodétermination) ne doivent pas être traitées comme des États, quelle que soit leur effectivité²⁷. La pratique semble aussi appuyer cette approche. On peut ainsi citer l'exemple de la Rhodésie de Sud, créée en violation du droit à l'autodétermination, qui n'a jamais été considérée comme un État, ni par les Nations Unies ni par la communauté internationale, et ceci malgré son effectivité incontestable²⁸. On peut aussi donner l'exemple de la tentative de la « République turque de Chypre du nord » (« RTCN ») de s'ériger en État en 1983, soit neuf ans après l'invasion de Chypre par l'armée turque, tentative qui s'est heurtée à la vive opposition du Conseil de sécurité qui a qualifié cette proclamation d'indépendance de « juridiquement nulle »²⁹. Plusieurs autres organes et organisations internationales ont réagi de façon identique. Pour la communauté internationale en effet, la « RTCN » n'est pas un « État non reconnu » mais une « entité sécessionniste »³⁰ qui, bien que dotée d'un

²⁵ Il faut rappeler, d'ailleurs, que la fameuse résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations Unies avait souligné que ces territoires non autonomes avaient « un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'État qui [les] administre » (5^{ème} principe, al. 6).

²⁶ J. Crawford, *The creation of States in international law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 83. Cet ouvrage classique a fait l'objet d'une seconde édition en 2007.

²⁷ Voir par exemple, parmi d'autres, les auteurs cités par A. Tancredi, « A normative 'due process' in the creation of States through secession » in Kohen (M.), (dir.), *Secession...*, *op. cit.*, p. 176. A. Tancredi lui-même n'est pas d'accord avec cette approche avançant les faiblesses structurelles du droit international pour soutenir que même une entité créée illégalement (par exemple à la suite d'une agression) doit être considérée comme un État. Nous avons essayé de démontrer ailleurs (T. Christakis, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », in Tomuschat, Ch., Thouvenin, J.M., (eds.), *The fundamental rules of the international legal order : Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, 2005, pp.127-166 et T. Christakis, *Le droit à l'autodétermination...*, pp. 118 et ss.) pourquoi cette vieille approche « réaliste » nous semble dangereuse pour l'ordre juridique international et contraire au principe *ex injuria jus non oritur*.

²⁸ Cf. J. Crawford, *The creation of States...*, *op. cit.*, pp. 103-106, J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, Grotius, 1987, pp. 90-98 et T. Christakis, *Le droit à l'autodétermination...*, pp. 266 et s.

²⁹ § 2 du dispositif de la S/RES 541 du 18 novembre 1983.

³⁰ Pour citer le § 3 de la S/RES 550.

« territoire », d'une « population » et d'un « gouvernement », ne peut accéder automatiquement au statut d'État parce qu'elle est le produit d'une violation du droit international³¹.

L'applicabilité de certains principes juridiques montre donc que la sécession n'est pas seulement une question de fait, mais aussi une question de droit. Le principe *ex injuria jus non oritur* délimite les marges externes d'acceptation du recours au test de l'effectivité et explique pourquoi, dans certains cas, des entités qui passaient ce test n'ont pas accédé automatiquement au statut étatique.

B) *Interdiction de la sécession ou non acceptation fondée sur la notion d'« État fantoche » ?*

Une partie de la doctrine a tenté de montrer que le refus de considérer que des entités telles que la « RTCN » constituent des États n'est pas dû au caractère illicite de leur création, mais plutôt à leur caractère fictif, à leur défaut d'effectivité. En d'autres termes, ladite doctrine considère que les entités en question réunissent certes officiellement les trois éléments constitutifs de l'État, mais ne possèdent pas réellement le quatrième élément qui est la véritable indépendance. Il s'agit de la notion de l'« État fantoche » (*puppet State*), qui, selon J. Crawford, « *is used to describe nominal sovereigns under effective foreign control, especially in cases where the establishment of the puppet State is intended as a cloak for manifest illegality* »³².

H. Lauterpacht donnait ainsi l'exemple du Mandchoukouo après 1932. Selon lui cette entité n'a jamais existé en tant qu'État, non en raison de l'illicéité de sa création (occupation militaire de la Mandchourie par l'armée japonaise), mais en raison de son degré de dépendance à l'égard du Japon qui faisait qu'elle ne pouvait être considérée comme indépendante³³. D'autres auteurs ont ajouté à la liste les Bantoustans (en raison du contrôle décisif de Pretoria), ou la « RTCN », qualifiée comme « le prototype de l'État fantoche »³⁴.

³¹ Pour le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale donc, toute solution au problème chypriote doit respecter les « principes fondamentaux » de la souveraineté, de l'indépendance, et de l'intégrité territoriale de la République de Chypre.

³² J. Crawford, *The creation of States...*, *op. cit.*, p. 62.

³³ H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1947, p. 47 et 420.

³⁴ Voir par exemple P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 7ème éd., 2002, p. 564 (pour le Transkei) ou p. 527 (pour la « RTCN »).

La doctrine de l'« État fantoche » est sans doute intéressante, notamment dans la mesure où elle aboutit précisément aux mêmes conséquences que le critère de la licéité : invalidité de la déclaration d'indépendance et non acceptation de la qualité étatique de l'entité en question. Par ailleurs, cette doctrine permet de résoudre assez facilement certaines questions délicates concernant l'engagement de la responsabilité internationale de l'État qui se « cache » derrière l'État fantoche pour des faits illicites commis sur le territoire de ce dernier. Toutefois, cette doctrine ne suffit pas à expliquer la non attribution du statut d'« État » à certaines entités (comme la Rhodésie du Sud) et ne fait que détourner l'attention du véritable problème qui est celui de la non réception par le droit des actes illicites.

Il faut souligner, d'ailleurs, que les résolutions du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale et des organes des autres organisations internationales qui ont proclamé l'invalidité de la déclaration d'indépendance des entités en question (Rhodésie du Sud, Bantoustans et « RTCN »), ont été adoptées, non sur la base d'un défaut d'effectivité, mais presque toujours, et d'une manière expresse, sur la base de l'*illicéité* qui se trouvait à l'origine de telles déclarations. Il serait d'ailleurs quelque peu étonnant de voir par exemple le Conseil déclarer d'un côté la nullité de l'indépendance d'une entité créée à la suite d'une agression, et de l'autre affirmer que cette nullité serait automatiquement surmontée le jour où le degré de dépendance à l'égard de l'État agresseur diminuerait...

Il semblerait donc que la vieille doctrine de l'« État fantoche » ne soit qu'une tentative académique pour donner des solutions moralement satisfaisantes à certaines situations issues d'actes illicites, sans aborder de front le problème délicat de l'existence ou non d'une condition de légalité pour l'attribution de la qualité étatique. Il serait toutefois plus efficace de reconnaître directement que cette condition de licéité existe en droit positif et s'ajoute aux éléments traditionnels constitutifs de l'État.

C) *La nuance du mythe de la neutralité juridique absolue*

Mais le critère de l'illégalité ne suffit certainement pas à lui seul à expliquer l'inadéquation entre la réalité et la théorie dans tous les cas que nous avons cités. Il faut pousser l'analyse plus loin en soulignant qu'en réalité il n'existe aucune automaticité en ce qui concerne la création « objective » de l'État. La prise en compte par la communauté internationale d'une effectivité étatique, même d'une effectivité incontestable et qui n'est pas le produit d'une agression, peut être une affaire délicate et complexe et exiger beaucoup de

temps. L'idée d'une effectivité « durable » se substitue donc à l'idée d'une effectivité « instantanée » qui, comme par un coup de baguette magique, transformerait en État l'entité sécessionniste ayant réussi à réunir les « éléments constitutifs ». En d'autres termes ce n'est pas vraiment le « succès » de la sécession qui est pris en compte par le droit, mais plutôt son « succès ultime », sa capacité à s'imposer et à créer une situation apparemment irréversible.

En définitive, il faut souligner que si le droit international « n'interdit pas » la sécession, ceci ne signifie pas qu'il renvoie dos à dos l'État et le groupe sécessionniste. Le droit demeure *hostile* à la sécession, il la réprouve, faute de l'interdire, et érige contre elle des obstacles importants que l'effectivité peut sans doute surmonter, mais cela ne sera pas automatique et ne se fera pas sans peine. Parmi ces obstacles, l'un des plus importants est celui de l'établissement d'une présomption contre l'effectivité de la sécession et en faveur de l'intégrité territoriale de l'État préexistant. Les effectivités ont ainsi souvent davantage un rôle à jouer sur le plan de l'acquiescement, ou plutôt de la résignation de l'État préexistant (qui, contraint par la force des faits, réalise qu'il n'a plus vraiment le choix et abandonne ses tentatives de récupération), que sur celui de la naissance « automatique » d'un nouvel État.

Le mythe de la « neutralité absolue » du droit, prônée par la théorie de l'effectivité, ne semble donc pas correspondre exactement à la réalité. S'appuyant, entre autres, sur les résolutions et déclarations du Conseil de sécurité concernant les crises sécessionnistes en Bosnie, Croatie, Ex-République yougoslave de Macédoine, Géorgie, Moldavie, ou encore Azerbaïdjan certains auteurs se sont même demandés si l'on était pas en train d'observer « certaines tendances naissantes à une prohibition de la sécession et à une légalisation de la répression »³⁵. L'argument aurait peut-être plus de force si le cas du Kosovo ne l'affaiblissait pas autant, cas qui constitue une véritable « anomalie » au sein du système et qui pourrait constituer un précédent très dangereux comme en témoignent les nombreuses références à l'indépendance éventuelle du Kosovo par divers mouvements indépendantistes³⁶ ou autres acteurs³⁷.

³⁵ O. Corten, « Are there gaps in the international law of secession ? » in Kohen (M.), (dir.), *Secession..., op. cit.*, pp. 242 et ss.

³⁶ Selon, par exemple, le porte-parole du Parti Radical de la République Serbe de Bosnie : « We cannot allow the secession of part of the sovereign state of Serbia, and, at the same time, deny that right to others who want independence », « Bosnian Serb parties endorse UK analyst's remarks on entity's independence », *BBC Monitoring Europe*, 25 août 2007.

³⁷ On peut citer, à titre d'exemple, la déclaration récente du Ministère Russe des Affaires Etrangères qui mettait en garde contre l'application de deux poids et deux mesures en matière de sécession avertissant que l'affaire du Kosovo « will in any case become an international legal precedent to have a determinative impact on the 'frozen' »

D) Une fonction « constitutive » de la reconnaissance ?

On peut enfin se poser la question de savoir si le décalage fréquent entre la théorie de l'effectivité et la réalité ne peut aussi être expliqué par un caractère éventuellement « constitutif » de la reconnaissance. Sans rouvrir ici le débat classique sur le caractère « constitutif » ou « simplement déclaratif » de la reconnaissance³⁸ on peut seulement faire rapidement les remarques suivantes.

Tout d'abord, et même si elle n'a pas un caractère vraiment « constitutif », la reconnaissance joue un rôle majeur car il est incontestable que seule la reconnaissance permet l'entrée du nouvel État sur la scène politique et l'établissement de relations diplomatiques et économiques avec les autres États. Comme le remarquait Charles de Visscher, la reconnaissance « met fin à un état de choses politiquement incertain pour y substituer une situation de droit définie »³⁹. Son intervention permet ainsi l'établissement de relations juridiques entre l'État reconnu et le reste de la communauté interétatique et l'exercice normal par cet État de tous les attributs de sa personnalité juridique internationale. Or, comme l'a souligné Hélène Ruiz Fabri, « un État qui n'a obtenu aucune reconnaissance ou même un nombre très faible de reconnaissances n'est, en définitive, rien dans la société internationale »⁴⁰.

Cette importance de la reconnaissance explique pourquoi les entités sécessionnistes la recherchent désespérément. Elle explique aussi pourquoi certains États favorables à un mouvement sécessionniste pourraient essayer d'utiliser cette arme pour peser sur l'effectivité et « contribuer à sa réalisation »⁴¹ - même si la pratique indique, comme nous l'avons vu, que les États montrent le plus souvent assez de retenue en matière de reconnaissance⁴².

conflicts » V. « Russian Foreign Ministry slams double standards in settling frozen conflicts », *BBC Worldwide Monitoring*, 6 juillet 2007.

³⁸ Voir nos analyses in T. Christakis, *Le droit à l'autodétermination...*, *op. cit.*, pp. 94-100.

³⁹ Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 191.

⁴⁰ H. Ruiz Fabri, « Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *AFDI*, 1992, p. 154.

⁴¹ *Ibid.*, p. 163. L'auteur ajoute que les États, « en affirmant leur volonté de tenir la situation pour existante, ils contribuent à cette existence ».

⁴² Il est intéressant, par exemple, que, comme nous l'avons vu (*supra* note 23), pratiquement aucune reconnaissance n'est venue appuyer les nombreuses proclamations d'indépendance d'entités pourtant effectives que nous avons mentionnées dans la Partie II(2). Un exemple contraire pourrait éventuellement être celui de

Quoi qu'il en soit, il faut souligner que deux limitations majeures s'imposent aux États dans ce domaine.

En premier lieu, la reconnaissance n'est plus un acte discrétionnaire et n'est plus à la libre disposition des États chaque fois qu'une *obligation de non reconnaissance* s'impose aux membres de la communauté internationale, comme c'est le cas en cas d'agression armée⁴³. Loin d'avoir un caractère « constitutif » (ou « déclaratif ») quelconque, la reconnaissance constitue dans une telle hypothèse un acte illicite.

En deuxième lieu, une reconnaissance prématurée, qui intervient sur une base complètement *fictive*, avant la mise en place d'une effectivité étatique par l'entité sécessionniste et qui vise précisément à aider la création de cette effectivité, pourrait aussi constituer un acte illicite, dans la mesure où elle pourrait être considérée comme une violation de la souveraineté de l'État qui résiste à la sécession et comme une immixtion dans la sphère de sa compétence nationale. Ce point est important car, contrairement à la position constante de la majorité écrasante de la doctrine⁴⁴, et s'appuyant sur le précédent controversé de la Bosnie-Herzégovine⁴⁵, certains auteurs ont essayé d'avancer que la reconnaissance par des pays tiers, tout en étant simplement « déclarative », peut suppléer au défaut d'effectivité⁴⁶.

l'annonce actuelle par certains États (comme les États-Unis) de leur volonté de reconnaître automatiquement l'indépendance du Kosovo en cas d'échec du dernier tour de négociations entre cette province et la Serbie.

⁴³ Voir T. Christakis, « L'obligation de non-reconnaissance... », *op. cit.*, (*supra* note 27).

⁴⁴ H. Lauterpacht écrivait par exemple : « *It is generally agreed that premature recognition is more than an unfriendly act ; it is an act of intervention and an international delinquency. [...] [T]he parent State must in fact have ceased to make efforts, promising success, to reassert its authority. Recognition is unlawful if granted durante bello, when the outcome of the struggle is altogether uncertain. Such recognition is a denial of the sovereignty of the parent State* » (H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 8).

⁴⁵ Comme l'a remarqué J. Verhoeven (« La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau? », *AFDI*, 1993, pp. 30-31) dans le cas des conflits yougoslaves, la reconnaissance a permis « tant de faire vivre » la Bosnie-Herzégovine « que de tuer la Yougoslavie ». Toutefois, le cas de la Bosnie pourrait aussi recevoir d'autres explications. Dans le cas de la Bosnie, c'était plutôt la disparition de la Yougoslavie qui a été présentée comme une simple « question de fait ». Ce cas a été considéré comme un cas de *dissolution* d'État (et non de sécession) qui, avec l'effet combiné de *l'uti possidetis*, « devait » conduire à l'indépendance toutes les ex-Républiques yougoslaves le souhaitant. En d'autres termes, dans ce cas les États de la communauté internationale ont considéré que la Bosnie-Herzégovine avait un droit d'exister en tant qu'État après la dissolution de la Yougoslavie et lui ont donc accordé leur reconnaissance et leur soutien malgré l'absence, pendant trois ans, de toute effectivité de cet État.

⁴⁶ Ainsi, dans un avis rendu sur la question d'une sécession éventuelle du Québec, M. Shaw a soutenu que : « *the less effective is the overall control exercised by the government of the new State, the more important will be recognition by third States in the process of establishing without doubt statehood at international law* ». [...] *Thus were Quebec to secede and be recognised as an independent State by third States, this would in effect be determinative of its statehood at international law. Such recognition would also cure any weaknesses that there may be with regard to full and effective control over all of its territory at that time and would act to cancel out the effects of any Canadian objection, should that indeed be the case* ». Voir le rapport du professeur M. Shaw in *Rapports d'experts de l'amicus curiae*, Cour suprême du Canada, n° 25506, décembre 1997, §§ 65 et 69.

Cette proposition, selon laquelle la reconnaissance peut venir suppléer au défaut d'effectivité, s'éloigne même de l'approche traditionnelle de la « théorie constitutive » de la reconnaissance elle-même, qui considère que la reconnaissance *s'ajoute* mais ne remplace pas les trois éléments constitutifs de l'État. S'il est vrai que la reconnaissance peut permettre de consolider une effectivité précaire, la reconnaissance d'une situation fictive qui n'est pas fondée sur une effectivité devrait être considérée comme une *ingérence* prohibée dans les affaires intérieures d'un État souverain.

septembre 2007